



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 3 0 / 2 0 1 6

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de diciembre de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria de la declaración de nulidad de los contratos administrativos de suministro de productos sanitarios realizados a favor del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil por la empresa A.S., S.L. (EXP. 426/2016 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. Se interesa por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, a través del escrito de 23 de noviembre de 2016, con registro de entrada en este Consejo Consultivo de fecha 28 de noviembre de 2016, dictamen en relación con la Propuesta de Resolución del procedimiento de revisión de oficio (expediente de nulidad nº EN-CHUIMI-20/2016), por la que se pretende declarar la nulidad del contrato administrativo de suministro (cuyo objeto consistió en el suministro de kits de detección de infecciones bacterianas en cultivo de orina, página 86 del expediente) suscritos por el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil con la empresa A.S., S.L. (esta empresa realmente no se opuso, pues su oposición estaba condicionada a que no se le diese trámite de audiencia a la cesionaria del derecho de crédito; trámite que si se produjo), cuyos derechos de cobro, fueron cedidos parcialmente (3.460,80) a la empresa F.E., S.A., que se opuso a la declaración de nulidad pretendida por la Administración. Si bien, no constan en el expediente los documentos acreditativos de dichas cesiones de crédito, las mismas son alegadas por las contratistas y reconocidas por la Administración.

2. En la referida Propuesta de Resolución la Administración considera que tales contratos son nulos de pleno derecho, pero, como posteriormente se referirá, sin que

* Ponente: Sr. Brito González.

en ella se especifique la concreta causa de nulidad en la que se basa la declaración que se pretende. Sin embargo, se deduce que posiblemente la Administración considera que la causa de nulidad de la que adolecen tales contratos es la establecida en el art. 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Nada se dice de la existencia de partida presupuestaria suficiente consignada previamente que constituye una específica causa de nulidad contractual, por lo que nos ceñiremos al estudio del motivo de nulidad argumentado por la Administración; sin perjuicio de que su concurrencia, como reiteradamente ha señalado este Consejo implicaría su aplicación prevalente por razones de temporalidad y especificidad.

3. Asimismo, consta en el expediente los escritos de la empresa cedente y cesionaria de los derechos de cobro de las facturas correspondientes a los suministros efectuados oponiéndose a tal declaración; pero, como ya adelantamos, el de la empresa cedente no se puede considerar un verdadero escrito de oposición, pues, si bien se formula en él, su único objeto es el informar acerca de la mencionada cesión, sin embargo la empresa cesionaria sí se opone formal y materialmente a la declaración de nulidad pretendida.

4. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 11.1.D.c) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 211.3.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de aplicación en la fecha en que se efectuaron los suministros, es preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

5. El órgano competente para resolver el presente procedimiento es la Dirección Gerencia del citado Complejo Hospitalario, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 16 y 28 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, en relación con el art. 10 del Decreto 32/1997, de 6 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento Regulator de la Actividad Económico Financiera del Servicio Canario de la Salud.

6. Por último, el art. 34 TRLCSP remite a la regulación de la nulidad y anulabilidad, incluidos el correspondiente procedimiento de revisión de oficio, contenida en la citada Ley 30/1992, especialmente en su art. 102.5, regulándose actualmente esta materia en el art. 106.5 LPACAP, que dispone que cuando estos procedimientos se hubieran iniciado de oficio, como es el caso, el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá su caducidad, lo

que tendría lugar el 6 de marzo de 2017, puesto que la Resolución de inicio se emitió el 6 de octubre de 2016.

II

En cuanto a los antecedentes de hecho más relevantes son los siguientes:

- Entre los meses de marzo y julio de 2016, se emitieron diversas facturas por parte de A.S., S.L., correspondientes a los suministros sanitarios realizados al Complejo Hospitalario por la cantidad total de 20.764,80 (página 86 del expediente donde consta el historial de pedidos del ejercicio 2016), sin tramitación de procedimiento contractual alguno como se afirma en el informe-memoria emitido por la Dirección de Gestión del mismo, considerando la Administración, en su momento, que cada entrega constituía un contrato menor, individualizado e independiente.

- Por la citada Dirección Gerencia se constata, a través de los controles automatizados de su sistema contable (TARO, actualmente SEFLOGIC, apartado 8ª «control del contrato menor»), que de manera intermitente y a lo largo de dicho periodo de tiempo se le han suministrado materiales sanitarios por los importe ya especificados, encontrándose identificadas las facturas objeto del presente expediente de nulidad.

Los derechos de crédito correspondiente a tales contratos se cedieron parcialmente por la empresa contratista, siendo, exclusivamente, el objeto del presente procedimiento el derecho de crédito cedido a F.E., S.A., el cual no ha sido abonado parte del Servicio Canario de la Salud.

- En lo que se refiere a la tramitación del procedimiento objeto de análisis, este se inició mediante Resolución nº 3745, de 6 de octubre de 2016, la cual comprendía a la totalidad de las empresas incluidas en su anexo I, otorgándoseles el trámite de audiencia a las empresas contratistas, que no formularon alegaciones, salvo A.S., S.A., en el modo ya referido, y su cesionaria que sí presentó escrito de alegación oponiéndose a la declaración de nulidad pretendida, como se dijo, si bien no aportan, como ya señalamos, documentación alguna correspondiente a la acreditación de la citada cesión.

- No consta certificado acreditativo de la preceptiva suficiencia de crédito presupuestario para llevar a cabo tales contrataciones. Por el contrario, sí se ha efectuado reserva de crédito para el presente expediente de nulidad (páginas 34 a 37 del expediente).

- Además, el presente procedimiento administrativo (exp. nº EN-CHUIMI-20/2016) cuenta con el informe de la Asesoría Jurídica Departamental (en el que se señalan los varios defectos de tramitación y sobre el fondo del asunto) y la Propuesta de Resolución definitiva.

III

1. En la Propuesta de Resolución, haciendo caso omiso a lo señalado por este Organismo al dictaminar anteriores Propuestas de Resolución similares a ésta (Dictámenes nº 133, 134, 135, 156, 157, 161, 181, 189, 248, 272, 297, 313, 314, 315, 316, 325, 326, 328, 388, 394, 452, 460, 474 y 485 de 2015, y 125, 128, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 180, 183, 270, 271, 290, 291, 292, 310, 327 y 328 de 2016), sólo se indica que concurre una de las causas de nulidad establecida en el art. 47.1 LPACAC, sin siquiera especificar la causa concreta en la que se basa la declaración de nulidad que se pretende, debiendo, además, haber expresado de forma clara y precisa las razones por la que considera que se ha incurrido en la causa de nulidad referida.

Dichas razones parecen deducirse del informe-memoria, de la Resolución de inicio de este procedimiento y de la Propuesta de Resolución, donde se aduce el fraccionamiento ilegal de los contratos (art. 96.2 TRLCSP), pues la Administración considera que los suministros se realizaron prescindiendo de los preceptivos trámites para una correcta adjudicación y formalización de los contratos. Así, se señala en ese informe «la ausencia del procedimiento legalmente establecido por superar el importe de 18.000 euros en cada contratación de forma acumulada (...). Forma parte del presente expediente la declaración de nulidad respecto del exceso de pedidos que han superado los 18.000 €, dado que hasta ese importe se tramitaron los correspondientes contratos menores» (sic).

Con ello parece deducirse (aunque no se acredita suficientemente con la documentación obrante en el expediente, pues únicamente consta el historial de pedidos realizados en el ejercicio 2016, sin que conste si esos pedidos se efectuaron ni las facturas, en su caso, correspondientes a los mismos) que la causa de nulidad del art. 47.1.e) LPACAP señalada viene dada por la ausencia de procedimiento en la contratación de suministro de productos farmacéuticos suscritos con la empresa mencionada, al superar el importe de 18.000 euros en cada contratación específica, produciéndose un fraccionamiento fraudulento del contrato al superar en el ejercicio correspondiente de forma acumulada el citado importe.

2. Este Consejo Consultivo ha manifestado en sus dictámenes anteriormente referenciados que no se debe confundir un contrato único cuya prestación se divida en lotes con el fraccionamiento del objeto de un contrato resultando varios contratos independientes y, en este caso, menores, para evitar las normas de publicidad y concurrencia establecidas, pues la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducida.

Estamos ante una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa; y si existe duda sobre la concurrencia de los requisitos que hacen posible la conclusión de contratos menores, la Administración tiene que reconducir el procedimiento de contratación a las normas generales.

La existencia de un fraccionamiento ilegal o fraudulento del contrato, utilizando la contratación menor para eludir los controles procedimentales a los que no está sujeto este singular procedimiento, constituye una ilegalidad pues se alteran las normas de publicidad y concurrencia relativas a los procedimientos de adjudicación que se hubieran tenido que aplicar, lo que constituye una omisión esencial del procedimiento de licitación de fundamental importancia al servir como garantía de transparencia y publicidad en la selección del contratista.

3. La escasa información que se deriva del expediente remitido a este Consejo no permite deducir con claridad cuál es el motivo del fraccionamiento realizado (en seis pedidos por idéntico importe y que superan los 18.000 € en conjunto, que debemos suponer efectuados y sobre los que se emitieron las correspondientes facturas) a fin de determinar si éste se produjo fraudulentamente. Aún así, la Gerencia del CHUIMI debió acumular todos los suministros en un solo contrato, sin perjuicio de que, a su vez, se pudiera dividir su cumplimiento en lotes si concurren los requisitos del art. 86.2 TRLCSP (conjunto de prestaciones entre las que existía un vínculo operativo).

4. En todo caso, del mismo modo que concluimos en los dictámenes anteriormente referenciados y a los que nos remitimos, podemos concluir que en este asunto concurre la causa de nulidad alegada ya que se contrató con la empresa ya mencionada prescindiendo por completo de las normas procedimentales de la contratación administrativa.

No obstante, resulta plenamente trasladable a este supuesto lo indicado reiteradamente por este Consejo (por todos, DCCC 128/2016) sobre la improcedencia de aplicación de esa causa de nulidad conforme a lo dispuesto en el art. 110 LPACAC, según el cual «las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

En este caso, es evidente que la declaración de nulidad choca frontalmente con los derechos adquiridos por la contratista y, singularmente, por la cesionaria de los derechos de cobro derivados de las contrataciones fraudulentamente realizadas.

5. Aún no procediendo la declaración de nulidad radical de los contratos, siguen en vigor los derechos y obligaciones derivados de la relación contractual establecida *de facto*, por lo que procede la liquidación de los mismos suscritos con A.S., S.L. y cuyos derechos de cobro fueron cedidos parcialmente a la empresa F.E., S.A., al haberse prestado suministros sanitarios a satisfacción de la Administración y constando acreditado que el precio pactado no se ha abonado ni a la contratista ni a la cesionaria, por lo que resulta obligado su pago para impedir con ello un enriquecimiento injusto por parte de la Administración sanitaria.

En relación con esta cuestión, este Consejo Consultivo ha señalado que «En lo que específicamente se refiere al enriquecimiento injusto cabe señalar que para que concurra en el ámbito administrativo resulta necesaria la concurrencia de la totalidad de los requisitos jurisprudencialmente exigidos: enriquecimiento patrimonial para una de las partes, con el consiguiente empobrecimiento para la otra, relación de causalidad entre ambos, y el más importante de los mismos: la falta de causa o de justificación del enriquecimiento y del correlativo empobrecimiento» (DCCC nº 38/2014, 89/2015 y 102/2015, entre otros), requisitos que se cumplen en este caso, por lo cual es también aplicable a este supuesto.

6. Si bien reconoce la Propuesta de Resolución tal enriquecimiento injusto, por el contrario no se hace referencia alguna al derecho de la cesionaria al abono de los intereses moratorios, por ello, conviene recordar que la nulidad de un contrato administrativo puede determinar, como efecto producido por la nulidad de ese contrato viciado, el derecho a la indemnización conforme dispone el art. 35, *in fine*, TRLCSP, conforme al cual «la parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido».

Ello sucede en el supuesto analizado en el que un correcto y adecuado funcionamiento de la Administración en las contrataciones efectuadas hubiese evitado el daño que se le ha producido a la contratista y, por ende, a la cesionaria de los derechos de cobro que aquélla tenía. Tal incorrecto proceder lleva aparejado el derecho al cobro de la cesionaria de los intereses moratorios correspondientes.

7. Por último, y en relación a todo lo anteriormente dicho, volvemos a reiterar nuestro Dictamen 136/2016, de 27 de abril, en el que señalamos:

«Antes de entrar en el fondo del asunto conviene recordar a la Administración sanitaria lo señalado en nuestro Dictamen 128/2016 sobre su incorrecto proceder al utilizar la declaración de nulidad de los contratos (vía excepcional y de aplicación restrictiva) como la forma habitual de convalidar la contratación de suministros médicos, realizados con total desprecio a la normativa de aplicación. Dijimos en ese dictamen:

La Administración, al contratar, debe hacer una racional y eficiente utilización de los fondos públicos. Así se dispone en los arts. 1 y 22.1 TRLCSP, señalando este último precepto que:

“Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación”.

Además, la Administración con carácter general (art. 3, apartados 1 y 5 LRJAP-PAC) y en el ámbito de la contratación pública, está sujeta a los principios de buena fe, confianza legítima, transparencia, participación y seguridad jurídica [actualmente, art. 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público].

Así lo señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia, de 14 de febrero de 2007, cuando dice:

“Debe significarse que el principio de confianza legítima, que rige las relaciones entre los ciudadanos y la Administración en un Estado social y democrático de Derecho, que proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos, caracterizado por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, y cuya normatividad en nuestro ordenamiento jurídico público subyace en las cláusulas del artículo 103 de la Constitución (...).

El contexto aplicativo de estos principios jurídicos se advierte en la exposición de motivos de la citada Ley procedimental administrativa, cuando afirma: «En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el Derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente», debiéndose evitar por la Administración sanitaria toda vulneración de tales principios”.

Finalmente, también resulta de aplicación lo establecido en el art. 41.1 LRJAP-PAC [actualmente, art. 20 LPACAP] que establece, dentro del marco regulador de toda actividad administrativa y, por tanto, también aplicable a los procedimientos contractuales, la responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas en relación con la correcta tramitación de los asuntos que les corresponda, disponiéndose que:

“Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos”.

Todo ello ha sido incumplido por la Administración sanitaria tal y como ha quedado patente en la totalidad de los supuestos dictaminados por este Consejo Consultivo en el pasado año, donde se ha procedido a contratar sin una correcta planificación previa que permita lograr una eficiencia y racionalidad en la utilización de los recursos públicos y con total desprecio a los principios reguladores de la contratación pública: transparencia, legalidad, seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima. Este incorrecto proceder no ha sido corregido por la Administración sanitaria en el presente año se continúa remitiendo a este Consejo solicitudes de revisión de oficio de expedientes de contratación que, en síntesis, presentan los mismos defectos que ya los ya dictaminados con anterioridad».

8. La Propuesta de Resolución recaída en el expediente de nulidad no se considera ajustada a Derecho, por lo que se dictamina desfavorablemente la declaración de nulidad pretendida por la Administración.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución no se considera ajustada a Derecho en base a los motivos indicados en el Fundamento III, por lo que se dictamina desfavorablemente

la declaración de nulidad de los contratos llevados a efecto con la empresa A.S., S.L. (EN-CHUIMI-20/2016 expte. de nulidad 4/2015), pues si bien concurre la causa de nulidad del art. 47.1,e) LPACAP, no procede su declaración en aplicación del art. 110 de la misma.